



Universidad
de Alcalá

**“MATRIMONIO EN LA ANTIGUA ROMA - DIFERENCIAS
Y SIMILITUDES CON EL MATRIMONIO DEL SIGLO XXI”**

**“THE MARRIAGE OF ANCIENT ROME. DISTINCTIONS AND
SIMILARITIES COMPARED TO MARRIAGE IN THE XXI CENTURY”**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D. VICTOR GUMIER ARANDA

Dirigido por:

Dr. JUAN ANTONIO BUENO DELGADO

Alcalá de Henares, a 28 de Enero de 2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. MATRIMONIO

II.I Concepto

II.II Impedimentos

II.III Formas

II.IV Capitulaciones Matrimoniales – Regímenes Económicos Matrimoniales (S.XXI)

II.V Requisitos

II.VI Dote en la antigua Roma

II.VII Disolución

III. ÁPENDICE FAMILIA ROMANA

IV. CONCLUSIÓN

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de fin de máster, tiene como finalidad realizar una investigación profunda en el concepto del matrimonio, pudiendo observar las diferencias y similitudes de la antigua Roma con la actualidad y una exposición fundamentalmente jurídica y cultural de la familia romana.

En la primera parte de este trabajo, nos centramos en el matrimonio romano, concepto, características principales, su evolución, aspectos y principalmente su celebración, referido al orden privado, comparándolo continuamente con el matrimonio del siglo XXI. Estudiaremos otro término jurídico como es el divorcio *-divortium-*, su evolución, regulación en la antigua Roma y su comparación con la regulación actual, también considerado al carácter privado.

En segundo lugar podemos observar una pequeña visión general de la familia romana, su constitución, evolución, y diversas figuras y posiciones jurídicas dentro de ella como la figura del *pater-familias*, así como la posición social de la mujer en el mundo romano.

La tercera y última parte de este trabajo, es una conclusión clara y extensa donde podremos observar las principales ideas que nos ha aportado este trabajo, a la vez que, cito mis conclusiones personales, finalizando con la bibliografía utilizada para la elaboración de este trabajo.

Los objetivos principales de este trabajo son, entender la evolución del Derecho Romano concretamente el derecho de familia, en especial todo lo que engloba y da lugar al concepto de matrimonio, a través de una amplia comparativa entre el matrimonio en la antigua Roma y el matrimonio en la actualidad. Así mismo, conocer tanto la influencia jurídica como la cultural sobre la actualidad, pudiendo observar todas las aportaciones y adopciones que se han adquirido del derecho romano.

Antes de comenzar el trabajo debemos reflexionar sobre diversas cuestiones; ¿Cómo era la familia en el Derecho Romano?, ¿Qué derechos tenía la mujer?, ¿Cómo se

concebía matrimonio?, ¿y el divorcio? Son diversas preguntas que gracias a la lectura y estudio de este trabajo podrán responderse y nos hará sacar nuestras propias conclusiones, pudiendo obtener una visión clara y concisa de las diferencias reales que existen entre todo lo que engloba tanto al concepto de Familia y Matrimonio en la antigua Roma y lo referente al siglo XXI en España.

II.MATRIMONIO

Si actualmente definimos matrimonio, podemos definirlo como la unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses, aunque también es la unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

Sin embargo en el mundo romano no existía esta puntualización. Si tuviéramos que definir “matrimonio romano” lo deberíamos de definir como la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. Debemos tener claro que en Roma para que se configurara el matrimonio debían existir dos principales elementos, uno material determinado por *coniunctio* y otro espiritual, la *affectio maritalis*. Respecto a esta última debemos de decir, se trata de la voluntad en ser marido o ser mujer, y que no será suficiente con ser inicial, sino que debe ser continua.

Una gran diferencia entre el matrimonio romano y el matrimonio actual es la vinculación, es decir, en el matrimonio romano no estaba ligado o vinculado con el Derecho Romano, si no que existía una gran influencia por parte de la ética social. Sin embargo en la actualidad sí que existen dos principales vínculos, en primer lugar un vínculo al derecho al tratarse en ocasiones de matrimonio civil, y una mayor parte a la religión, el denominado matrimonio canónico, que lo podemos definir como el matrimonio que se celebra según los ritos de una religión. Actualmente el matrimonio no es solo una cuestión jurídica, sino también y fundamentalmente sacramental en cuanto institución natural creada por Dios.

Modestino define el matrimonio como la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino humano¹. Debemos destacar la expresión a la cual hace referencia Modestino referente a “comunicación de derecho divino y humano *“divini et humani iuris communicatio”*”.Justiniano también nos proporciona una definición de este término, lo define como la unión de hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble.² Podemos observar al comparar estas dos

¹ Juan Iglesias “Derecho Romano”, Editorial Sello 18ª edición, pp 361

² Juan Iglesias “Derecho Romano” ...cita, pp 361

definiciones que Justiniano excluye el derecho divino humano y hace referencia a una comunidad de vida indisoluble.

Por tanto, podemos sacar una clara conclusión de lo visto hasta ahora del concepto del Matrimonio, y es que, en aquella época se entiende el concepto de matrimonio como la unión del varón y mujer. todo esto se ratifica en el primer párrafo del título décimo del libro I de las instituciones, donde en alusión a las *iustae nuptiae* Justiniano vuelve a insistir en que las justas nupcias entre ciudadanos romanos se contraen, conforme a la ley, cuando se unen varones y mujeres (*iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coenut, masculi quidem púberes, feminae autem viripotentes*), estableciendo el requisito previo del consentimiento paternal cuando siendo los conyuges filiifamilias estén sometidos a patria potestas (*sive patresfamilias sint sive failiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestae sunt. Nam hoc fieri debere et civilis etc naturalis ratio suadet in tantum ut iussum parentis praecedere debeat*)³

Nuestro Código Civil en su Título IV, se encuentra regulado el matrimonio, a su vez este Título IV se divide en once capítulos, los cuales regulan todo lo que engloba al matrimonio (promesas de matrimonio, requisitos, forma de celebración, inscripción en el registro civil, derechos y deberes de los cónyuges, nulidad, separación, disolución, efectos de nulidad separación y divorcio, ley aplicable a nulidad separación y divorcio. Pero no solo es el Código Civil el que regula el matrimonio si no que la Constitución Española también, y así lo recoge en su artículo 32, el cual cita: “1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*, 2. *La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*”

Pero no solo en la definición del término se diferencia el actual matrimonio y el matrimonio romano, si no que en sus requisitos también. Actualmente nuestro Código Civil regula una serie de requisitos del matrimonio, uno de ellos cita; “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”⁴ el artículo cuarenta y cuatro puntualiza en su segundo apartado que el matrimonio contraído por personas del mismo o diferente sexo tiene la misma validez.

³ Juan Antonio Bueno Delgado, “La Legislación Religiosa En La Compilación Justiniana”, Editorial Dykinson S.L. , pp 403

⁴ Código Civil, Civitas, Editorial Thomson Reuters, Artículo 44

Uno de los principales requisitos es la importancia del consentimiento matrimonial (artículo 45), y establece una serie de restricciones o impedimentos para contraer matrimonio que vienen enumeradas en sus artículos cuarenta y seis y cuarenta y siete de este Código Civil.

Por tanto podemos clasificar los requisitos para contraer matrimonio, distinguiendo entre los requisitos referidos al consentimiento, los que inciden en la capacidad de los contrayentes y, finalmente, los exigidos por el carácter formal del acto matrimonial.

Si nos centramos en los requisitos del matrimonio romano podemos hacer una citación entre: la capacidad natural y la capacidad jurídica y el consentimiento de los esposos y el consentimiento del *paterfamilias*.

En cuanto a la capacidad natural debemos de decir que no pueden contraer matrimonio los varones y las mujeres cuya edad es inferior a los catorce y doce años de edad.

Requisito que sigue existiendo en la actualidad, la edad. Respecto a la capacidad jurídica, se exige ser libre y ciudadano, es decir, tener *el status liberatis* y el *status civitatis*. Por tanto está excluido el matrimonio entre libres y esclavos, al igual que la persona romana con persona extranjera al no ser que medie una especial concesión. Al igual que hasta la *lex Canuleia* no fue reconocido el matrimonio entre patricios y plebeyos.

Veamos ahora la diferencia entre consentimiento de los esposos y el consentimiento del *paterfamilias*. Respecto al primero de los consentimientos debemos de citar que es la manifestación de modo continuo y sin forma alguna,⁵ se requiere el consentimiento tanto de los esposos, como de aquéllos bajo cuya potestad se encuentran. No puede contraer matrimonio por ejemplo aquella persona que sufre una enajenación mental. En cuanto al consentimiento del *paterfamilias*, ya hemos visto anteriormente los poderes que poseía el *paterfamilias* en el ámbito familiar, pues en este aspecto sucedía cuando los contrayentes no son *sui iuris*. Haciendo una breve comparación con la legislación actual podemos observar como en el artículo 45 del Código Civil se regula que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial y la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

⁵ Juan Iglesias "Derecho Romano" ...cita , pp 363

La jurisprudencia se pronunció explicando que *pater* da siempre su consentimiento si no muestra lo contrario, aunque debemos indicar, que cuando el *paterfamilias* se encuentra prisionero o ausente, una vez transcurridos tres años en esta situación los *fili* pueden contraer matrimonio, aun sin consentimiento, después del trienio.⁶

Un aspecto importante a destacar en la regulación del Matrimonio en la Antigua Roma es que ya existía el concepto de “separación” entre hombre y mujer y la denominada reconciliación, referente a estos dos conceptos, debemos citar el *Cod. 5,4,14* se dispone que nadie sea obligado ni a contraer matrimonio ni a reconciliarse cuando se haya separado textualmente cita lo siguiente:

“Cod. 5,4,14: Imperatores Diocletianus, Maximianus. Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intellegis liberan facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere”

Así mismo la bigamia estaba prohibida, quienes contraían doble matrimonio eran tachados de infames e incluso los jueces podrían establecer sobre ellos los correspondientes castigos

“Cod 5,5,2: Imperatores Diocletanus, Maximianus. Neminem qui sub dicione sit romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sit. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur”

Destacar especialmente en este punto, que desde la Antigua Roma, ya existía, el concepto de igualdad de género, e incluso se tomaban medidas para ello, viniendo regulado incluso en la jurisdicción, concretamente en el Capítulo 2 de la Novela 22, en la cual se equipara en derechos testamentarios a los hombres y a las mujeres (*“ut omnia quaecumque ex hodierna die testador disposuerit de talibus, sive vir sive mulier consistat, haec valeant..”*)⁷

⁶ Juan Antonio Bueno Delgado, “La Legislación Religiosa...cita pp 403

⁷ Juan Antonio Bueno Delgado, “La Legislación Religiosa...cita, pp. 407

II.II IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Respecto a los impedimentos, en la época romana también existían, vamos a citar alguno de los que establecía el Derecho Romano: en primer lugar impedimento por razón de parentesco, en línea recta se prohíben los matrimonios entre parientes hasta el infinito era una regla denominada *Jus Gentium*. Respecto a los parentescos en línea colateral debemos de decir que estaba permitido la unión entre tío y sobrina, supuestamente se debe esa permisión a orígenes históricos que no se quisieron modificar.

Dentro de este tipo de parentesco debemos hablar de la prohibición que había entre la figura del adoptante y la del adoptado así como entre la figura de padrino y ahijado. Otro de los impedimentos que debemos de citar es el de por razón de la diferencia social, aparte de la primitiva prohibición entre patricios y plebeyos, puede citarse entre otras, la que pesaba sobre las uniones de ingenuos con libertas, hasta tiempo de Augusto, que limitó el impedimento a las nupcias de senadores y sus descendientes con libertas⁸. Por ejemplo existía una prohibición de contraer matrimonio entre senadores o sus hijos y las actrices o hijas de actor o actriz.

Otro de los impedimentos que podemos citar es el de por razón de delito o incluso por razones religiosas, ya que en el Derecho Romano cristiano impide el contraer matrimonio el haber recibido una serie de órdenes mayores, ya que en los primeros tiempos sí que estaba permitidos que los sacerdotes pudieran estar casados. Justiniano dispuso de los candidatos a la ordenación prometieran antes de la recepción del diaconado guardar el celibato, después de haber prohibido algunos años antes que fuesen obispos casados⁹

Existen muchos otros impedimentos como por ejemplo por razón de vínculo matrimonial anterior o *impedimentum superveniens*.

⁸ Francisco Hernández Tejero "Lecciones de derecho romano", servicio publicaciones facultad de derecho, pp 285

⁹ Francisco Hernández Tejero "Lecciones de...cita, pp 286

A continuación vamos a citar y explicar brevemente los impedimentos que existen en la actualidad pudiéndolos comparar con los que acabamos de ver y apreciar la diferencia y semejanzas que existen.

Nuestro Código civil regula una serie de impedimentos para contraer matrimonio, estos impedimentos se refieren tanto al que está casado como para el que no lo está. En primer lugar el artículo cuarenta y seis nos explica que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados así como los que ya estén ligados con un vínculo matrimonial. El artículo cuarenta y ocho nos habla de otro de los impedimentos matrimoniales que cita “El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”¹⁰. El artículo 47 también regula este precepto y cita que no pueden contraer matrimonio los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, así como los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y por último, los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos, es decir, es una prohibición absoluta en el sentido que impide a quien está casado celebrar otro matrimonio con cualquier persona en tanto no se disuelva el vínculo matrimonial, bien por muerte del otro cónyuge o por resolución judicial en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o declaración de fallecimiento.

En definitiva, los impedimentos indispensables y no dispensables eran causas de nulidad, en relación a esta causa de nulidad matrimonial debemos recordar que en nuestro derecho el matrimonio se encuentra prohibido a los menores de edad no emancipados, si bien el impedimento es la edad es dispensable a partir de los catorce años. Tampoco pueden contraer matrimonio quienes están ligados por un vínculo matrimonial anterior, así como el matrimonio entre parientes en línea recta por consanguinidad hasta el tercer grado, si bien este último impedimento es dispensable para el parentesco de dicho tercer grado.

¹⁰ Código Civil, Civitas, Editorial Thomson Reuters, Artículo 48

Finalmente, el matrimonio se encuentra también impedido siquiera se trate de una prohibición dispensable entre condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

II.III FORMAS DE MATRIMONIO ROMANO

En Roma se admitió simultánea y sucesivamente dos tipos de matrimonio, en primer lugar el denominado *cum manu* y en segundo lugar el denominado matrimonio *sine manu*.

Si tenemos que definir el matrimonio *cum manu* podemos definirlo como aquel matrimonio constituido por la unión permanente de la figura del hombre y de la mujer. Los modos posibles de contraer matrimonio *cum manu* eran tres; *confarreatio*, *coemptio* y *usus*.

- Confarreatio

Consistía en un modo de matrimonio centrado en un aspecto ritual, es decir, era un rito sagrado que se realizaba usando de una hogaza de *pan fárreo*¹¹ ofrecido a Júpiter , en presencia de diez testigos y con intervención del Flamen Dialis que era el sacerdote de Júpiter y del máximo pontífice.

Esta forma de matrimonio estaba supuestamente restringida, con una especial preferencia a la figura de los patricios, debemos atender las citas que hizo respecto a este precepto Perozzi que según él la *confarreatio* podía y debía ser usada por los patricios siempre que contrajesen matrimonio dentro de una misma

¹¹ Olís Robleda S.J., "El matrimonio en derecho romano, esencia, requisitos de validez, efectos y disolubilidad. Universita' Gregoriana editrice. Roma 1970.pp 3-6

gens , no en cambio si se produce entre persona de distinta *gens* además añade que hubo un tiempo en el que matrimonio patricio no fue sino endogámico.¹² Otras figuras como Noailles aseguran que no existió esta preferencia para los patricios y que todo matrimonio celebrado en Roma tenía carácter religioso

- **Coemptio**

Era una de los modos de contraer matrimonio, consistía en el negocio formal general de la *mancipatio* que Gayo la describe como una imaginaria *venditio*. La ceremonia consistía en una venta simulada de la mujer que se realizaba en un *acto solemne per aes et libram* con la presencia de no menos de cinco testigos, todos ellos ciudadanos romanos púberes, el libre *pens* y probablemente el *antestador*.

Olís Robleda nos plantea la pregunta ¿fue la *coemptio* desde un principio negocio puramente formal o más bien deriva de una verdadera venta prehistórica de la esposa a cambio de un precio real, cuando también la *mancipatio* era venta real? , es una cuestión más bien temporal y debemos alegar que la *mancipatio* había dejado de ser ya venta real para convertirse en imaginaria, formal, por lo que es lógico pensar en una *coemptio* original también formal y viceversa.

Si atendemos a las palabras que dice Perozzi; “la *coemptio* es un principio propia y exclusivamente también de los patricios, para contraer matrimonio exogámico”¹³ pudiendo pasar del matrimonio endogámico al exogámico, aunque afirma que más tarde se extendió a los plebeyos.

¹² Olís Robleda S.J., “El matrimonio en derecho romano...cita,,pp 8

¹³ Olís Robleda S.J., “El matrimonio en derecho romano...cita, pp 13

- **Usus**

Era una especie de concubinato en donde la mujer se iba a vivir a la casa del marido por el periodo de un año, pasado este periodo se formalizaba el matrimonio. Existía un requisito para esta forma de matrimonio, el cual era el transcurso de un año de matrimonio continuo y con la aplicación de las normas de la *usucapio*. La mujer puede eludirlo, al interrumpir (*usurpatio*), el plazo anual ausentándose tres noches seguidas de la casa del marido¹⁴

En nuestro Código Civil actual vienen reguladas las formas del matrimonio en sus artículos del cuarenta y nueve al sesenta. Vamos a comentar diversos puntos que han cambiado notoriamente, en primer lugar debemos de citar que cualquier español puede contraer matrimonio fuera o dentro de España en la forma regulada en el Código Civil o en la forma religiosa legalmente prevista¹⁵, especificando que si se contrae matrimonio fuera de España se aplicará la ley del lugar de celebración, una gran diferencia con el matrimonio en la antigua roma ya que no estaba permitido el matrimonio por un extranjero y un ciudadano nacional , debido al requisito del *status civitatis*, al no ser que medie una especial concesión. El matrimonio romano estaba directamente influenciado por ritos, es decir, como hemos visto anteriormente en la *confarreatio* se realizaba un rito sagrado ante Júpiter, lo que actualmente podríamos comparar en un acto religioso con el sacerdote.

Pero son muchos los requisitos comunes con la legislación actual hablando en términos generales, debemos nombrar el requisito de la edad, que en la antigua roma se establecía en catorce años para hombres y doce años para las mujeres.

Nuestro Código Civil recoge respecto a este requisito que la edad mínima de acuerdo con la ley para contraer matrimonio, tanto para hombres como mujeres, es de dieciséis años. Si alguno de los futuros contrayentes tiene entre dieciséis y menos de dieciocho años de edad, debe obtener una autorización para contraer

¹⁴ Ricardo Panero Gutiérrez, "Derecho Romano", Editorial Tirant Lo Blanch, 4ª edición, pp. 305

¹⁵ Código Civil, Civitas, Editorial Thomson Reuters, Artículo 49

matrimonio, otorgada por el pariente llamado por ley a prestarla, conforme a lo señalado en los artículos 107 y siguientes del Código Civil. Más adelante veremos las diferencias y semejanza referente a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio.

Actualmente, en el siglo XXI, podemos hacer referencia a dos tipos de forma o formas matrimoniales dentro de los sistemas matrimoniales. En primer lugar, un sistema de matrimonio único, donde podemos distinguir entre el matrimonio exclusivamente religioso, que suele ser el característico de los ordenamientos asentados en la idea de confesionalidad o en los Estados teocráticos. Y una segunda forma es el reconocimiento de efectos exclusivamente al matrimonio civil, por el cual el Estado solo reconoce los efectos civiles del matrimonio contraído conforme a sus propias normas.

IIIV CAPITULACIONES MATRIMONIALES - REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Las Capitulaciones Matrimoniales y los Regímenes Económicos Matrimoniales vienen recogidos actualmente, en el Título III artículos desde el 1315 al 1335 del Código Civil.

Como podremos observar a lo largo de este punto, el matrimonio no solo genera efectos personales, sino que también genera una serie de efectos patrimoniales, dado que la comunidad de vida entre los cónyuges genera una comunidad de intereses de carácter patrimonial, que puede ser regulada de diversas formas que veremos más adelante. El Derecho Romano establecía que el matrimonio *sine manu* que era el más generalizado en Roma, en el cual inicialmente regía la idea de separación, suponía que el marido recibía los bienes de la mujer en concepto de *Dote*, esta *Dote* podía ser estimada o inestimada, según que se transfiriese la propiedad de los bienes dotales al marido o, por el contrario, solo el usufructo y la administración, y en todo caso suponía la obligación

del marido de restituir los bienes dotales al extinguirse o disolverse el matrimonio. Este sistema Dotal ha estado vigente en el Código Civil hasta la reforma de 1981, aunque prácticamente se encontraba en absoluto desuso desde comienzos del siglo XX, dado el matiz peyoritario que suponía en relación con la mujer.¹⁶

Actualmente podemos hablar del concepto de capitulaciones matrimoniales, según la tradición histórica y referente a la literatura jurídica española referente a la escritura pública o el documento en que los futuros cónyuges establecen normas de carácter patrimonial aplicables a su matrimonio, así viene recogido en el artículo 1325 del Código Civil, en el cual podemos observar que no define como tal el concepto de capitulaciones matrimoniales pero sí que establece una potestad a los otorgantes a estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio, que veremos más adelante.

En cuanto a la forma de las capitulaciones dispone expresamente el artículo 1327 del Código Civil que “*para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública*”, este artículo representa una reiteración de la referencia normativa contenida en el artículo 1280 apartado tercero, ya que el artículo 1327 no hace referencia a cualquier documento de carácter público sino que concreta citando a la escritura pública, por lo que el concepto de escritura pública constituye un requisito de carácter constitutivo o *ad solemnitatem*¹⁷ de las capitulaciones matrimoniales, por lo que las capitulaciones deben considerarse un contrato de carácter solemne: en defecto de escritura carecerán de validez alguna, tanto *inter partes* cuanto a terceros.

Debemos añadir que las capitulaciones podrán ser nulas cuando exista una estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge, como así viene recogido en el artículo 1328 del Código Civil.

Antes de comenzar el punto referente al régimen económico-matrimonial, debemos de exponer que tras la reforma de 1981, el título que hacía referencia a este concepto regulado en los artículos del 1315 al 1324, contiene una serie de normas de derecho

¹⁶ Carlos Lasarte, “Derecho de Familia”, Editorial Marcial Pons, pp 149

¹⁷ Carlos Lasarte, “Derecho de Familia”...cita, pp 166

imperativo, de las cuales algunas han de considerarse en cualquier caso, con independencia de cuál sea en concreto el régimen económico-matrimonial aplicable al matrimonio, en cuanto pretenden básicamente garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente.

Por tanto el régimen económico matrimonial, será aquel que estipulen los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, a falta de capitulaciones o cuando sean ineficaces, el régimen que se adoptara será el de sociedad de gananciales, así viene regulado en los artículos 1315 y 1316 del Código Civil. Como podemos observar, todo gira en torno a la libertad por parte de los cónyuges, principio básico de nuestro ordenamiento, aunque tenemos que tener claro que las reglas de funcionamiento patrimonial del matrimonio, es un asunto *inter privatos*¹⁸, y por tanto, el legislador se limita a resaltar que cada matrimonio adoptará las medidas que considere oportunas y más adecuadas a sus propios intereses o a su situación patrimonial, a través de las correspondientes capitulaciones matrimoniales.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El régimen económico matrimonial es la organización económica de la sociedad conyugal y está compuesta por un conjunto de normas que regulan los efectos del matrimonio, ya sea la relación de los cónyuges entre sí como con terceras personas. Es decir, todo matrimonio tiene unos efectos patrimoniales evidentes. Las normas que regulan éstos efectos patrimoniales del matrimonio se denominan Régimen Económico Matrimonial. Las normas relativas al régimen económico matrimonial aparecen en los artículos 1315 y siguientes del Código Civil.

Antes de comenzar el estudio de los tres tipos de regímenes económicos que existen debemos explicar que el denominado Régimen Económico Primario son un conjunto de normas básicas de carácter imperativo, es decir, que son de obligado cumplimiento, establecidas en el Código Civil, que contienen disposiciones comunes que se aplican en

¹⁸ Carlos Lasarte, "Derecho de Familia"...cita, pp 151

todos los casos, independientemente del régimen económico matrimonial que se haya pactado y elegido. Está regulado en los artículos 1318 hasta el art. 1324. A modo de resumen y con la idea de entender la explicación posterior, vamos a citar con el conjunto de normas imperativas que afectan a todos los matrimonios, independientemente del régimen económico al que estén sometidos.

Las normas que componen el régimen económico primario son las siguientes:

- 1.- El deber de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas económicas del matrimonio.
- 2.- El ejercicio dual de la potestad doméstica.
- 3.- Actos relativos a la vivienda.
- 4.- Actos realizados sin el consentimiento de un cónyuge.
- 5.- Contratamiento entre cónyuges.
- 6.- Destino del ajuar familiar.
- 7.- Litis expensas.
- 8.- Confesión de la privatividad de los bienes de cónyuge.

El Código Civil va a establecer el sistema de las relaciones económicas matrimoniales basado en los siguientes principios:

- PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL, basado en que los cónyuges podrán establecer los pactos que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes y con las limitaciones establecidas en el Código Civil.

- PRINCIPIO ABSOLUTO DE IGUALDAD, no solamente basado en los criterios constitucionales sino también del Código Civil, que no podrán establecer los cónyuges ninguna estipulación contraria al principio de igualdad de los cónyuges.

- PRINCIPIO DE ALTERACIÓN DE LAS DISPOSICIONES, los cónyuges pueden alterar el sistema cuantas veces tengan por conveniente.

Centrándonos en los diferentes tipos de Regímenes Matrimoniales, debemos de exponer,

1- RÉGIMEN ECONÓMICO DE GANANCIALES

La Sociedad de Gananciales, sistema aplicable de forma supletoria como régimen legal en los territorios sometidos al Derecho Común y de amplia raigambre histórica en la mayor parte del territorio español. El régimen económico de gananciales es un régimen económico matrimonial, regulado en el artículo 1344 y siguientes del Código Civil.

Una descripción básica de este régimen de gananciales la ofrece actualmente el Código Civil en el artículo 1344;

“Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”

Por tanto, entendemos que se trata de un sistema por el cual las ganancias y beneficios que se obtengan durante la convivencia matrimonial se comparten por mitades por ambos cónyuges, pero no cabe reparto alguno hasta que llega el momento de disolución de la sociedad de gananciales e incluso debemos especificar que es indiferente que las ganancias se produzcan a consecuencia del trabajo de uno u de otro, o de ambos, sin que exista regla de nivelación entre los ingresos procedentes de la actividad laboral o profesional.

CIRCUSTANCIAS EN LAS QUE TIENE LUGAR EL RÉGIMEN ECONOMICO GANANCIAL

Debemos citar los siguientes puntos:

- 1.- Tiene carácter supletorio en territorio de Derecho común, de manera que si los cónyuges no capitulan habrá Régimen Económico Matrimonial de gananciales.
- 2.- Cuando en las capitulaciones realizadas en territorio de Derecho común, se hubiese pactado Régimen Económico Matrimonial de gananciales de separación de bienes o Régimen Económico Matrimonial de gananciales de participación, pero dichas capitulaciones resultasen nulas o ineficaces, porque es como si no existieran y regiría el régimen ganancial al ser supletorio.
- 3.- En territorio de Derecho foral, si se hacen capitulaciones, pactándose que el REM sea de gananciales.

Si atendemos al artículo 1345 del Código Civil, el cual cita:

“La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones”

Aquí se puede observar la importancia de este sistema, un régimen supletorio de primer grado que se pone de manifiesto con particular énfasis, pues desde que luego lo que, en términos lógicos resulta inconcebible para el sistema normativo es que cualquier matrimonio pueda celebrarse sin quedar sometido, de forma simultánea, a un determinado régimen económico-matrimonial.

La disposición de los bienes gananciales está presidida actualmente, tras la reforma de 1981, por la gestión conjunta de los cónyuges. Debemos especificar que con anterioridad, la mujer casada carecía prácticamente de facultades de disposición, incluso de sus propios bienes o patrimonio privativo, pues en la redacción originaria del código el marido era el único cónyuge que tenía facultades de gestión respecto de los bienes del

matrimonio. El artículo 1413 originario concedía incluso al marido la facultad de enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer.¹⁹

El artículo 1347 del Código Civil, establece los bienes gananciales,

- “1. ° Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.*
- 2. ° Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*
- 3. ° Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.*
- 4. ° Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.*
- 5. ° Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.”*

En cambio, se entienden bienes privativos, y así viene regulado en el artículo 1346 del Código Civil

- “1. ° Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.*
- 2. ° Los que adquiriera después por título gratuito.*
- 3. ° Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.*
- 4. ° Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.*
- 5. ° Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.*

¹⁹ Carlos Lasarte, “Derecho de Familia”...cita, pp 196

6.º *El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.*

7.º *Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.*

8.º *Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.*

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho

No obstante siempre queda la intervención de la autonomía de la voluntad para modificar la indicación de la ley, puesto que aunque el Código Civil pueda definir que un bien es privativo, los cónyuges pueden hacerle ganancial a través de la confesión de ganancialidad, y viceversa, un bien definido como ganancial por el Código Civil, puede convertirse en privativo mediante la confesión de privacidad.

CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Unas y otras conforman el pasivo de la sociedad. Bajo esta denominación el Código Civil agrupa una serie de preceptos, del 1362 al 1374. La clave está en que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica propia, por lo que no puede contraer en sentido estricto deudas. Son los cónyuges los que aparecen como deudores. Ahora bien, si la deuda se ha contraído para satisfacer necesidades de la sociedad, deberán utilizarse sus bienes para su pago y en caso de que se haga con el patrimonio de uno de los cónyuges, el que lo haga tendrá un crédito contra el patrimonio ganancial.

La diferencia entre cargas y obligaciones es la siguiente:

- **CARGAS:** son las responsabilidades que de manera definitiva tiene que soportar la sociedad de gananciales. Es todo aquello de lo que debe responder la sociedad de gananciales. Una vez responda, ya no habrá más recorrido, y no puede recobrase de ningún otro lado porque la ley le atribuía esa deuda a la que estaba obligada.

- **OBLIGACIONES:** son las responsabilidades provisionales o transitorias, a las cuales tiene que hacer frente la sociedad de gananciales, frente a terceros. Sin embargo, al liquidar la sociedad de gananciales, como no es una carga que tenga que asumirse definitivamente, habrá que proceder a reintegrar los patrimonios, exigiendo la sociedad de gananciales, los derechos de crédito a su favor frente a los patrimonios privativos de los cónyuges.

Unas y otras aparecen reguladas en los artículos 1362 a 1374 Código Civil. Debemos citar especialmente el artículo 1362 del Código Civil el cual regula lo siguiente referente a las cargas:

“Artículo 1362. Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

2ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.

3ª La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

4ª La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge”

De su lectura podemos deducir que serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por una de las siguientes causas:

- 1) Del sostenimiento de la familia (regulado en el artículo 1319 del Código Civil)
- 2) De los gastos derivados de la adquisición. Son todos los gastos ordinarios derivados de los bienes comunes. Son cargas, deudas definitivas que tiene que asumir la sociedad sin derecho a ningún reembolso.
- 3) De la tenencia de bienes comunes de la administración ordinaria de los bienes privativos. Se ajusta a la idea de que de que puesto que los frutos y rendimientos de esos bienes privativos son gananciales, sus gastos de administración ordinaria también deben serlo
- 4) De las deudas o gastos profesionales de los cónyuges. Todos los gastos que se devenguen de manera ordinaria por uno de los cónyuges para el ejercicio de su actividad profesional, tendrán la consideración de cargas de la sociedad de gananciales

Referente a las obligaciones o responsabilidades, podemos dividir las en tres niveles, las responsabilidades de la sociedad de gananciales se despliegan en tres niveles distintos y escalonados:

- Directa; Responden los bienes de la SG directamente y únicamente frente a los acreedores. Por tanto, no hay ni otro patrimonio al lado que responda, ni los bienes de la sociedad de gananciales responden en segundo lugar. (Artículos del 1365 al 1368 del Código Civil)
- Solidaria; Esta responsabilidad solidaria significa que en el caso de deudas individuales de uno de los cónyuges, los acreedores pueden cobrar indistintamente de los bienes privativos del cónyuge que haya incurrido en el gasto o de los bienes de la sociedad de gananciales, ya que ambas responderán de manera solidaria ante el acreedor. (Artículo 1369 del Código Civil)
- Subsidiaria; Responsabilidad subsidiaria significa que el acreedor se puede dirigir para recuperar su deuda contra los bienes privativos del cónyuge deudor, y si no lo consigue, subsidiariamente podrá hacerlo contra los bienes de la sociedad de gananciales. En el caso de que sea la sociedad de gananciales la que

finalmente pague de los bienes gananciales, surgirá un derecho de reintegro del otro cónyuge en favor de la sociedad de gananciales. (Artículo 1373 del Código Civil)

Dependiendo de determinadas circunstancias regidas por el Código Civil que estudiamos a continuación:

- 1) Deudas de carácter común contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento de otro.
- 2) Deudas de carácter común pese a haber sido contraídas por uno solo de los cónyuges, pero lícitamente y en el ámbito imputable a la sociedad de gananciales
- 3) Deudas propias o privativas de cualquiera de los cónyuges

En relación a con las deudas comunes, los bienes gananciales, quedan en todo caso afectos solidariamente con el patrimonio privativo del cónyuge a quien técnicamente se pueda atribuir la condición de deudor, dado que la sociedad de gananciales, propiamente hablando, no puede ser deudora. Respecto de las deudas propias o privativas, los bienes gananciales también quedan afectos a su cumplimiento, pero solo en forma subsidiaria respecto del patrimonio privativo del cónyuge deudor.²⁰

Quiero hacer especial referencia, al artículo 1375 del Código Civil, por el cual se regula la administración y gestión de la sociedad de gananciales,

“Artículo 1375. En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.”

Del cual podemos sacar las siguientes conclusiones, en primer lugar, que la administración y gestión del patrimonio de la sociedad ganancial corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, salvo que en capitulaciones matrimoniales hubiesen

²⁰ Carlos Lasarte, “Derecho de Familia”...cita, pp 214,215

establecido otra cosa. Los cónyuges pueden establecer mediante pacto en capitulaciones cualquier otro tipo de gestión, por la libertad que les concede el principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no sea contrario a las normas imperativas del régimen económico matrimonial primario. Un aspecto importante a destacar en este estudio del artículo 1375, es, que no se puede atribuir la gestión exclusivamente a uno solo de los cónyuges porque es contrario al principio de igualdad que rige en las relaciones entre los cónyuges, en virtud del art. 1328 Código Civil que establece:

“Artículo 1328. Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”

Es decir, un pacto de capitulaciones que atribuyese a uno solo de los cónyuges la gestión de los gananciales y dejase al otro solo de manera residual los gastos ordinarios, sería nulo. Pero por pacto de gananciales sí que se puede permitir que uno de ellos se ocupase de toda la gestión especializada de una cartera de valores.

Al margen de lo comentado anteriormente puede haber excepciones, que conforman los supuestos de gestión o actuación individual. Estas formas excepcionales pueden ser de origen convencional, por acuerdo entre los cónyuges en las capitulaciones con los anteriores límites del 1328, o de origen legal, estipuladas en el Código Civil.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La disolución consiste en la extinción de la sociedad de gananciales. Se regula por el art. 1392 y siguientes. La disolución determina el fin de la sociedad de gananciales.

La liquidación consiste en el reparto de los bienes que comprendiese dicha sociedad ganancial.

Un aspecto importante que debemos comentar de este punto es que se trata de dos conceptos distintos, y no necesariamente simultáneos, puesto que se puede disolver la sociedad de gananciales y liquidar más tarde en otro momento. No requiere coincidencia en el tiempo la disolución y la liquidación de gananciales.

○ DISOLUCIÓN

La disolución de la sociedad de gananciales supone el fin o extinción del régimen económico vigente en el matrimonio, y con él la extinción de la sociedad de gananciales. Aparece regulada en el art. 1392 y siguientes, debemos citar la denominada disolución *ipso iure* o de pleno derecho se encuentra contemplada en dicho artículo el cual regula las cuatro causas originadoras de la disolución de la sociedad de gananciales:

- 1- Cuando se disuelva el matrimonio
- 2- Cuando sea declarado nulo
- 3- Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges (red. *Ex LJV*)²¹
- 4- Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este código

Causas de la Disolución

Se regulan en los artículos 1392 (causas de disolución automática) y 1393 (causas de disolución judicial)

- Causa de disolución automática: La sociedad de gananciales se disolverá en el mismo momento en el que se disuelva el matrimonio (fallecimiento, divorcio, nulidad, separación judicial u otro régimen económico matrimonial). A partir de ese momento se extinguirá la sociedad y empezará la comunidad postganancial. Regulado por el artículo 1392 del código civil

“Artículo 1392: La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

1º Cuando se disuelva el matrimonio (fallecimiento o divorcio)

2º Cuando sea declarado nulo.

3º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.

²¹ Carlos Lasarte, “Derecho de Familia”...cita, pp 224

4° Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”

- Causa de disolución judicial: Esencialmente se trata de tres causas recogidas en el 1393; Incapacitación de uno de los cónyuges, y demás situaciones análogas, entre ellas estar en concurso de acreedores. Incumplimiento del deber de informar de la gestión patrimonial y realización unilateral de actos fraudulentos de gestión patrimonial

“Artículo 1393. También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

1° Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2° Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3° Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

4° Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código.”

El incumplimiento grave y reiterado del deber de información constituye causa de disolución de la sociedad de gananciales, tal como recoge el art. 1393.4°. Este artículo conecta con el art 1383 Código Civil que establece el deber de información entre los cónyuges, como un deber de lealtad. Los cónyuges tienen

la obligación de informarse de las gestiones que realicen sobre los bienes que conforman su patrimonio.

“Artículo 1383. Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya.”

Efectos de la Disolución

En la masa patrimonial de bienes gananciales, los bienes pertenecen a los dos cónyuges pero sin cuota específica de atribución. Cuando por disolución finaliza esa situación, esos bienes pasan a integrar la comunidad postganancial, en la que los titulares son los cónyuges, con una atribución de cuota del 50 % a cada cónyuge.

Así pues, una vez disuelta la sociedad de gananciales y hasta la liquidación surge la denominada comunidad postganancial, que es una comunidad de bienes (copropiedad) similar a la comunidad hereditaria y está integrada por el conjunto de bienes y derechos gananciales, cuya titularidad pertenece a los cónyuges al 50%.

O en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, se disolverá automáticamente la sociedad ganancial, y la nueva comunidad postganancial pertenecerá al cónyuge viudo y a los herederos del cónyuge fallecido.

○ LIQUIDACIÓN

La liquidación se realizará una vez disuelta la sociedad de gananciales y se pretende con ella determinar el patrimonio de la sociedad y realizar su reparto entre los cónyuges.

Lo podemos definir como el conjunto de operaciones encaminadas a separar los bienes gananciales (los bienes del matrimonio), de los bienes privativos de cada cónyuge, determinando si ha habido o no ganancias, y distribuir estas ganancias por mitad entre los dos cónyuges.

Presupone el artículo 1396 que, conforme a la práctica, la primera operación que se ha de llevarse a cabo para liquidar la sociedad de gananciales consiste en llevar a cabo el inventario tanto de los bienes y derechos de carácter ganancial cuanto de las obligaciones y deudas que pesan sobre la sociedad de gananciales.²²

Las operaciones que integran la liquidación de la sociedad postganancial son las siguientes:

- 1.- El inventario o listado de los bienes (*Artículo 1396, 1397 y 1401 del Código Civil*)

- 2.- El avalúo o valoración de los bienes: Realizado el inventario del activo y pasivo de la sociedad, habrá de tasarse o valorarse cada una de las partidas, lo cual tiene lugar en el momento efectivo de la liquidación, y podrá ser convencional o judicial.

- 3.- Determinación del activo y del pasivo: Se regula por los arts. 1399 y siguientes. La regla general que rige en estos artículos, al igual que en la partición hereditaria es que primero se paga y después se cobra.

- 4.- Establecimiento de las formas de pago (si se paga con dinero, se entregan o venden bienes para pagarlo con el precio obtenido, etc)

- 5.- Determinación del remanente líquido: Para la adjudicación del remanente, es decir, para el reparto o adjudicación patrimonial entre cónyuges del haber ganancial, el artículo 1410 se remite a las normas del reparto de la herencia. El

²² Carlos Lasarte, "Derecho de Familia"...cita , pp 224

reparto deberá realizarse respetando el principio de igualdad y haciendo lotes de bienes de la misma naturaleza y especie.

6.- Adjudicación de bienes a los cónyuges

La liquidación puede ser:

- Convencional: por mutuo acuerdo entre los cónyuges, a menudo incluido en el convenio regulador del divorcio.
- Judicial: a través del procedimiento establecido en los artículos 806 a 610 de la LEC.

Las normas de liquidación aparecen en los artículos 1396 y siguientes.

El artículo 1410 se remite a las normas de liquidación y partición hereditarias como reglas de derecho supletorio para aquello que aquí resulte insuficiente.

“Artículo 1410: En todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia”

2- RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

El régimen de separación de bienes, aparece regulado en los artículos 1435 y siguientes. Lo podemos definir como aquel régimen en que los cónyuges

conservan la propiedad y administración de sus bienes, tanto los que adquirieron antes de matrimonio, como los que adquirieron posteriormente, ya procedan de rendimientos del trabajo o adquisiciones onerosas o adquisiciones a título gratuito. La única limitación que tienen es la de la contribución a las cargas del matrimonio del art. 1318, en cuyo caso la contribución respectiva deberá ser proporcional al patrimonio de cada cónyuge.

“Artículo 1318. Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita.”

La ventaja del régimen de separación de bienes, aparte de la autonomía y libertad de gestión, administración y disposición del propio patrimonio de cada uno de los cónyuges, es que es ideal cuando los dos cónyuges de inicio y a lo largo del matrimonio, tienen una situación patrimonial parecida e ingresos sostenidos a lo largo del tiempo. Su principal inconveniente es que cuando existe mucha disparidad de ingresos, con una situación patrimonial de uno prevalente al otro, esa desigualdad se mantendrá durante todo el matrimonio y al final, aunque se mitigue un poco con la aplicación del 1438. Pero es un régimen económico matrimonial que carece de previsiones de solidaridad entre los cónyuges de compartir lo que se ingrese, a diferencia del de sociedad de gananciales.

Esta autonomía y libertad de gestión, administración y disposición del propio patrimonio, aleja cualquier interés económico de la relación afectiva, ya que en el momento de realizar la liquidación cada uno se llevará lo que es suyo.

De acuerdo con el art. 1435 Código Civil el régimen de separación de bienes puede tener tres formas posibles de constitución:

“Artículo 1435. Existirá entre los cónyuges separación de bienes. 1.º Cuando así lo hubiesen convenido. 2.º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes. 3.º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto.”

1.- Voluntario o Convencional: Cuando los cónyuges de común acuerdo así lo hayan estipulado en capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes o durante el matrimonio (Art. 1325 y 1326 código civil)

“Artículo 1325. En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.”

“Artículo 1326. Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.”

2.- Legal: Cuando en capitulaciones matrimoniales los cónyuges hayan establecido que entre ellos no regirá el régimen económico matrimonial de gananciales, pero sin pactar ningún régimen económico matrimonial expresamente. En ese caso el régimen de separación de bienes actúa como supletorio o subsidiario del anterior. En algunos territorios de derecho foral, como Cataluña, Valencia, y Baleares es el régimen legal supletorio.

3.- Judicial: Cuando se establece expresamente por sentencia judicial firme que en un determinado matrimonio empieza a regir entre ellos el régimen de separación de bienes

Referente al funcionamiento de este régimen podemos exponer que en principio cada uno de los cónyuges actúa con su propio patrimonio con plena libertad de administración y disposición. Antes de reforma del año 1981, algunos autores decían que realmente no había régimen económico matrimonial por esta ausencia de normas. Pero desde la reforma de 1981 existen al menos las normas imperativas del régimen económico primario que se aplica a todos los regímenes económicos matrimoniales, por lo que al menos esto ya de por sí configura un régimen económico matrimonial. Pero no solo eso, ya que en el régimen económico matrimonial de separación de bienes sí que hay normas:

PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE TITULARIDADES:

En el régimen económico matrimonial de separación de bienes no existe ningún patrimonio común de los cónyuges, no existe ninguna comunidad patrimonial conyugal. En el caso de que se realicen adquisiciones conjuntas, se tratarán de la denominada comunidad de bienes que se regulará conforme a los artículos 392 y siguientes.

“Artículo 1437. En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y, los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.”

“Artículo 392. Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.”

PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA GESTIÓN:

El propio artículo 1437 menciona al final que “Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”

Ahora bien, el anterior principio no es absoluto ya que es innegable que en el régimen económico matrimonial de separación de bienes tendrá que haber algunas actuaciones conjuntas de ambos cónyuges. En el día a día de un matrimonio en régimen económico matrimonial de separación de bienes, no está todo perfectamente separado, porque lo habitual es que haya una caja única donde está el dinero que entra y sale para el ejercicio de la potestad doméstica. Esa separación ideal del Código Civil (“lo tuyo es tuyo y mío es mío”) propia del régimen económico matrimonial de separación de bienes en la práctica es bastante difícil de mantener estrictamente. Lo normal es que con consentimiento tácito (e incluso con consentimiento expreso por poder notarial) los cónyuges gestionen a diario los bienes del otro para el levantamiento de las cargas matrimoniales, es decir, para el ejercicio de la potestad doméstica.

Además puede darse la posibilidad de que uno de los cónyuges gestione y administre el patrimonio del otro cónyuge, según queda regulado en el art. 1439 Código Civil. Cuando esto lo hace un cónyuge respecto a bienes del otro, el Código Civil establece que lo que hay es un mandato.

“Artículo 1439. Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio.”

PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Cuando se trata de deudas “comunes” por adquisiciones que ambos cónyuges hagan en proindiviso se pagarán en proporción a lo contribuido en su adquisición, y si no se expresase nada, se pagarían al 50%. El ejemplo más

típico sería que adquirieran un inmueble y pidan un crédito hipotecario. Esa es una deuda común. Pero el esquema de responsabilidad es idéntico a si la adquisición se hiciese con un hermano o con un amigo. De las deudas que adquirieran los dos, responderán los dos con su patrimonio.

En cambio, cuando se trata de deudas individuales en el régimen económico matrimonial de separación de bienes es de aplicación el artículo 1440 que deja clara la responsabilidad individual plena de cada uno sin alcanzar al otro, salvo en lo referente al ejercicio de la potestad doméstica, para lo que responderán entre sí de manera proporcional a sus respectivos patrimonios según el art. 1438, y frente a terceros con el patrimonio del que haya asumido la deuda y subsidiariamente con el del otro según el art 1319.

“Artículo 1440 Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código.”

En esto es muy diferente del régimen económico matrimonial de gananciales porque si se trata de obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica para levantar las cargas matrimoniales, responderán en primer lugar los bienes gananciales y subsidiariamente los del cónyuge que haya contraído la deuda.

Así pues, de acuerdo con el art. 1440, en el régimen económico matrimonial de separación de bienes:

- Respecto a la responsabilidad general frente a terceros, las deudas generales contraídas por cada cónyuge son responsabilidad exclusiva del cónyuge deudor.

- Mientras que las deudas derivadas del ejercicio de la potestad doméstica, se responderá frente a terceros en los términos que señala 1319 Código Civil, que significa que responderán solidariamente los bienes del cónyuge que contraiga la deuda (su patrimonio privativo + el 50% de los bienes en copropiedad), y subsidiariamente, los del otro cónyuge, surgiendo un derecho de reintegro en favor del que pagase si lo hizo con su propio patrimonio

“Artículo 1319. Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.”

- Sin embargo, los cónyuges responderán entre sí en la forma que señala la primera parte del artículo 1438 Código Civil, que determina que la responsabilidad de los cónyuges en el sostenimiento de las cargas del matrimonio será proporcional a sus respectivos patrimonios, es decir proporcional a sus recursos económicos. Por tanto, si el ejercicio de la potestad doméstica, en el régimen de separación de bienes, un cónyuge asume una deuda y solo paga la deuda con cargo a su patrimonio, tiene frente al otro un derecho de crédito para exigirle la parte proporcional que le toca asumir.

“Artículo 1438. Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.”

3- RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

Se encuentra regulado entre los artículos 1411 y 1434 del Código Civil

En el régimen de participación cada cónyuge tiene su propio patrimonio, como en el régimen de separación de bienes. Cada uno tiene su propia autonomía para la administración y disposición de sus propios bienes. Lo que sucede, a diferencia del de separación de bienes que cuando termina, cada uno se lleva lo suyo y no hay más, es que en este régimen surge un derecho a participar en las ganancias. De manera que al extinguirse este régimen, habrá que liquidar. Esa es la parte compleja de este sistema. Hay que calcular las ganancias obtenidas, mediante la diferencia entre el patrimonio inicial y el final de cada cónyuge, y determinar la ganancia de cada uno. Se establece una compensación ficticia análoga a la compensación de deudas del 1198. A la diferencia entre ambas ganancias se le aplicará el porcentaje de participación, y el resultado será lo que reciba el cónyuge más desfavorecido.

Aparece regulado en el Art. 1411 Código Civil y siguientes. Durante su vigencia, funciona de manera similar a la separación de bienes en el que cada uno de los cónyuges tiene su propio patrimonio y la administración y disfrute de sus bienes. Pero que en el momento de su extinción funciona en un modo parecido a los regímenes de comunidad, ya que cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante la vigencia del matrimonio.

El régimen de participación se define en el artículo 1411, como aquel en el que cada cónyuge adquiere un derecho a participar exclusivamente de las ganancias obtenidas por el otro cónyuge durante la vigencia de tal régimen.

“Artículo 1411. En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.”

Referente al funcionamiento debemos de exponer que durante su vigencia, funciona de manera similar al régimen de separación de bienes, en el que cada uno de los cónyuges tiene su propio patrimonio y la administración y disfrute de sus bienes. Sin embargo, en el momento de su extinción funciona en un modo parecido a los regímenes de comunidad, ya que cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante la vigencia del matrimonio, para lo cual habrá que proceder a una liquidación considerando las diferencias de patrimonios inicial y final respectivos de cada cónyuge

El artículo 1412 establece el funcionamiento de este régimen, realizando cada cónyuge la administración, el disfrute y la libre disposición de sus bienes, tanto los iniciales como los que vaya adquiriendo durante la vigencia de este régimen.

“Artículo 1412. A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título.”

En lo no establecido por pacto entre los cónyuges y en lo no previsto en el Código Civil expresamente para este régimen se aplicarán subsidiariamente las normas del régimen de separación de bienes. Ello significa que los cónyuges contribuirán al levantamiento de las cargas de manera proporcional a sus respectivos patrimonios y el trabajo doméstico se computará.

“Artículo 1413. En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.”

Esta separación de patrimonio no excluye que los cónyuges puedan hacer adquisiciones conjuntas de bienes y derechos tal y como señala el 1414, en cuyo caso surgirá una comunidad de bienes a la que se aplicara los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

“Artículo 1414. Si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario.”

Si acabamos de ver en el 1413 que se aplican supletoriamente las normas que rigen la separación de bienes, y el Código Civil no expresa nada sobre el levantamiento de cargas del matrimonio, resulta que será posible la administración por un cónyuge de los bienes del otro, a los efectos del ejercicio de la potestad doméstica, mediante la aplicación de la responsabilidad del mandatario conforme a lo establecido en el art. 1439, pudiendo realizar el otro cónyuge actos de administración y gestión del patrimonio del cónyuge titular, con consentimiento anterior o posterior al propio acto, respondiendo de esos actos como un mandatario solo cuando no los ejercite en el ejercicio de la potestad doméstica que se presume que es para lo que siempre debería hacerlo, en cuyo caso deberá rendir cuentas.

“Artículo 1439. Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio.”

EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

A efectos de la fijación de las causas de extinción del sistema de participación, este deja ser configurado como un espejo de la separación de bienes y en cambio opta el código por reclamar las causas de extinción propias del régimen de gananciales, demostrando así que la participación en la ganancias comienza a devenir un sistema de comunidad o, al menos, que reclama el reparto de la ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del sistema de participación.²³

²³ Carlos Lasarte, “Derecho de... cita, pp 253

La remisión a la causas de extinción de la sociedad de gananciales la establece el artículo 1415.

“Artículo 1415: el régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1394 y 1395.”

Lo de menos, realmente, es que sea también de aplicación los artículos 1394 y 1395, pues el aspecto fundamental de la materia radica en la entrada en juego de los artículos 1392 y 1393 en los que, relaciona el código las causas de disolución *ipso iure* o de pleno derecho y las causas de extinción o disolución judicial de la sociedad de gananciales.

“Artículo 1392: La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1º Cuando se disuelva el matrimonio. 2º Cuando sea declarado nulo. 3º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges. 4º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código.”

“Artículo 1393: También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial. 2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los

cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código.”

Referente a la liquidación debemos de exponer, una vez tenga lugar la extinción del régimen de participación sea cual fuere la causa que lo provoque, naturalmente procede del periodo de liquidación correspondiente. En él, conforme al artículo 1417

“Artículo 1417: se determinaran las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge”

Esto es, habrá de esclarecerse ante todo cuales han sido las mutaciones habidas en el patrimonio (hasta ahora radicalmente separado) de cada uno de los cónyuges para establecer si ha habido ganancias y si en caso afirmativo cuales han sido respecto del patrimonio propio de ellos. A tal efecto, el código ordena la fijación previa del patrimonio existente en el momento de comienzo de la vigencia del sistema de participación, denominado legalmente patrimonio inicial, y la subsiguiente valoración del patrimonio que a cada uno de los cónyuges corresponda en el momento de la extinción, el llamado patrimonio final.²⁴

“Artículo 1418. Se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge: 1º Por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen. 2º Por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado.”

“Artículo 1419. Se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados.”

Los bienes se computarán a valoración actual, según 1421.

²⁴ Carlos Lasarte, “Derecho de... cita, pp 253

“Artículo 1421. Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos. El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado.”

Según el artículo 1422 se trata de los bienes y derechos de los que sea titular el cónyuge en el momento de la extinción del régimen, tanto los que conserve desde el inicio como los que haya adquirido posteriormente por cualquier vía, con deducción de las deudas u obligaciones todavía no satisfechas.

“Artículo 1422. El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas.”

Pero además se computarán dentro de ese patrimonio el importe de las enajenaciones gratuitas realizadas sin el consentimiento del cónyuge (la profesora dijo que todas las donaciones con o sin consentimiento) o las realizadas en fraude de los derechos del otro según lo dispuesto en los arts. 1423 y 1324 respectivamente.

“Artículo 1423. Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.”

“Artículo 1424. La misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro.”

El artículo 1425 establece la regla de valoración actualizada de los bienes y gratuidades integrantes del activo del patrimonio final

“Artículo 1425. Los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del

régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.”

Por último, el 1426 añade que también se computarán todos los derechos de crédito que cada cónyuge tenga respecto al otro por cualquier causa.

“Artículo 1426. Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor.”

II.V REQUISITOS MATRIMONIO ROMANO

Como en la actualidad, en el matrimonio romano existían una serie de requisitos. Podemos clasificarlos en; *conubium*, respecto a la capacidad jurídica de los contrayentes, es la facultad de tomar esposa con arreglo a derecho, cuando exista este requisito podremos clasificarlo como matrimonio legítimo. Otro de los principales requisitos que debemos de citar es la púber, es decir, hace referencia a la capacidad natural que implica haber alcanzado la pubertad es decir ser varón y ser mujer. Esto quería decir que se había adquirido una aptitud fisiológica suficiente para consumar el matrimonio, lo que implicaba a su vez la exigencia de una edad mínima. En época de Justiniano fue causa de que no se permitiera el matrimonio a los castrados.²⁵ Por tanto, el no alcanzar las edades de 12 años para la mujer y 14 años para el varón hacía que el matrimonio no fuera legítimo. (*Cod. 5, 4, 24*) “*Imperator Justinianus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit sive nuptias*

²⁵ Francisco Hernández Tejero “Lecciones de derecho romano”, servicio publicaciones facultad de derecho, pp 284

*nominaverit, non aliter intellegi esse condicionem adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa procedderint. Sic etenim et antiqui iuris contentio diremetur et inmensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient (Iust. A. Ad Senatam)*²⁶

El último requisito es el consentimiento, debemos de hablar de un consentimiento si son sui iuris y del consentimiento si son *alieni iuris*. Respecto al primero debemos de decir que se trata de aquel consentimiento que no debe estar viciado, es decir se trata de un consentimiento totalmente libre y que sea consciente, es decir, no puede obligarse a nadie a contraer matrimonio (*Dig. 23, 2, 21*) “*Clementius libro tertio ad legem Iuliam et papiam. Non cogitur filius familias uxorem ducere*”. Respecto al segundo consentimiento cuando son *alieni iuris*, desde la *lex iulia de maritandibus ordinibus*, según Marciano, la negativa injustificada de éstos se puede recurrir ante el magistrado.²⁷

En la actualidad debemos de hablar de unos requisitos formales y materiales. Quiero hablar especialmente del consentimiento puesto que es el único requisito material del matrimonio. Pero también quiero citar el denominado matrimonio simulado, que brevemente debemos de definir como aquel cuyo consentimiento se emite en forma legal pero mediante simulación, sin correspondencia con un consentimiento interior, es decir, sin una voluntad efectiva de contraer matrimonio, por tanto es un matrimonio simulado inválido, que se declara nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, y es claro que el precepto se refiere al consentimiento interno y al matrimonio con sus elementos y propiedades esenciales.

II.VI DOTE

Si tenemos que definir la dote debemos definirla como el conjunto de bienes o dinero que la mujer aporta al matrimonio con la idea de ayudar al marido a sostener las cargas matrimoniales.

²⁶ Juan Antonio Bueno Delgado, “La Legislación Religiosa...cita, pp 405

²⁷ Ricardo Panero Gutiérrez, “Derecho Romano”...cita, pp.301

La dote puede concebirse en el matrimonio cum manu siempre e se casase una mujer *alieni juris*, y otra persona, ordinariamente el *pater familias* entregase una suma de bienes para atender a las cargas del matrimonio.

Pero también podemos hablar de dote profecticia, si la constituye el padre de la mujer, de adventicia cuando se constituyó por cualquier otro. Sin embargo, si la dote adventicia hubiese sido estipulada o pactada la devolución de la misma al disolverse el matrimonio, recibía el nombre de *dote recepticia*.

Puede constituirse la dote por tres procedimientos que veremos a continuación. El primero por entrega denominado *dos datur*, el segundo, por medio de una promesa, *dos dicitur*, y el tercero por estipulación, *dos promittitur*.

A continuación de este punto, veremos las causas de disolución más detalladamente, pero antes debemos de decir que la dote después del matrimonio también existía. El matrimonio podía disolverse por la muerte o por el divorcio. En caso de muerte del marido, la dote continuaba en el patrimonio del mismo, sin embargo si la mujer era la que fallecía, en el caso de que el matrimonio se disuelva por muerte de la hija, la dote profecticia podía reclamarla el padre.

Una *lex julia de fundo dotali* prohibió al marido enajenar, sin consentimiento de la esposa, los fundos dotales de Italia, e hipotecarlos aun contando con su conformidad. Justiniano modifico estas disposiciones en un doble sentido; prohibiendo la enajenación aun contando con el consentimiento de la esposa y extendiendo las normas de la *lex julia* a las provincias²⁸.

II.VII DISOLUCIÓN

Como hemos visto anteriormente el matrimonio se caracterizaba por una situación de hecho permanente más que un acto jurídico. Las causas de disolución del matrimonio eran; por muerte de un cónyuge; producida la muerte de uno de los cónyuges se disolvía el vínculo matrimonial y el cónyuge sobreviviente recuperaba la aptitud nupcial. Si bien el hombre podía casarse en forma inmediata, la mujer debía esperar un plazo mínimo de diez meses para contraer nuevas nupcias. Otra de las causas era por sobrevenir un

²⁸ Francisco Hernández Tejero "Lecciones ...cita, pp 290-291

impedimento y por divorcio. Nos centraremos en este último tipo comparándolo con el divorcio actual.

- Divorcio

La palabra divorcio *-divotium-* en sentido jurídico, representa la ruptura del vínculo matrimonial que une a los cónyuges, es decir, no queda nada en común.

La ruptura no se produce siempre del mismo modo, puede realizarse de mutuo acuerdo, tratándose entonces del divorcio *stricto sensu*, o bien por la sola voluntad de uno de los cónyuges, *repudium*. Según el propio Bonfante, en la época clásica, *repudium* es la manifestación de la voluntad de no continuar con el matrimonio hecha por parte de uno de los cónyuges y divorcio el efecto que produce la pérdida de la *affectio maritalis* en uno o en ambos cónyuges y cese de la vida común. En el derecho posclásico, con la influencia del cristianismo, el divorcio supuso la disolución del matrimonio por mutuo disenso y *repudium* la disolución por voluntad de una sola de las partes.²⁹

Centrándonos en la evolución del divorcio en roma, podemos citar cuatro grandes etapas; la primera desde Rómulo a la ley de las XII tablas, la segunda etapa abarca desde la XII tablas hasta Augusto, la tercera desde Augusto hasta Constantino y la última desde Constantino hasta Justiniano.

Haciendo esta división de épocas, es fundamental poder observar la forma y efectos que producía el divorcio en cada una de ellas:

- Desde Rómulo hasta la Ley de las XII tablas

Referente a la forma del divorcio en este periodo debemos señalar que quien intervenía era el tribunal doméstico - *iudicium domesticum* -, este consejo familiar estaba formado por los cognados de la mujer aunque también podían intervenir los agnados de la esposa.

²⁹ Eduardo Ruiz Fernandez "El divorcio en Roma", servicio publicaciones facultad de derecho UCM, pp.24-26

Referente a los efectos, una vez que se había realizado el divorcio los cónyuges volvían a recuperar su libertad inmediatamente y podían casarse de nuevo. Respecto a la figura de la mujer, debemos señalar que si había contraído matrimonio acompañado de *confarreatio*, al repudiarla el marido por causas que llevaban aparejada la muerte quedaba en situación de condena a la pena capital. Era una consecuencia de las disposiciones romuleas de castigar con la muerte determinados delitos cometidos por la mujer entre ellos el adulterio y el beber vino.³⁰

- Desde la Ley de las XII tablas hasta Augusto

Si hablamos del divorcio promovido por el marido, debemos de explicar que las causas por las que el marido podía divorciarse de su mujer no estaban limitadas por la ley, existiendo una libertad al respecto.

Sin embargo si hablamos del divorcio promovido por la mujer debemos de explicar que con la difusión del matrimonio libre se introduce la facultad concedida a la mujer para poder divorciarse del marido al no estar sometida a la *manus* del esposo

Las funciones del tribunal en caso de *iudicium domesticum* eran las de intervenir en las diligencias o acusaciones dirigidas contra las mujeres. La existencia de este tribunal era la demostración del ejercicio de exclusión del poder público que desplegaba la figura del paterfamilias como magistrado doméstico y jefe de todos los miembros de la familia. Debemos nombrar la aparición de una nueva posición como es la de los Censores, que tenían a cargo la administración del *ager publicus*, elección de los senadores y formación del censo de ciudadanos. Les daba derecho para castigar el abuso del ejercicio de la *patria potestas*, del divorcio y su práctica abusiva.

En opinión de Bonfante, los juicios que celebraban los censores no reconocían otros límites que la necesidad de acudir los motivos y al parecer, debían proceder

³⁰ Eduardo Ruiz Fernandez "El divorcio en Roma", servicio publicaciones facultad de derecho UCM, pp.29-34

expresamente de acuerdo ambos censores; por lo demás, su eficacia era transitoria y duraba hasta la confección del nuevo censo.³¹

El divorcio estaba legalmente sometido a determinadas formas, incluso siempre venía acompañado de significativas ceremonias. Lo que se pretendía era escuchar a las partes e intentar llegar a una reconciliación como en muchas ocasiones ocurría finalmente. Si finalmente el proceso seguía en su cauce se iniciaba una fase de investigación sobre los hechos alegados en pro del divorcio, se graduaban y se decidía sobre el nivel de gravedad que existía.

Centrándonos en los efectos producidos, especialmente en los producidos a las personas, no suponía siempre la disolución de la *manus* es decir cuando el matrimonio había sido acompañado de la *conventio in manum*, el marido había adquirido la *manus* y la mujer se encontraba *loco filiae* respecto a aquel o a su *paterfamilias*. El matrimonio no concedía por si solo al marido el poder sobre la mujer con el divorcio el poder de la *manus* no se extinguía y cuando se había celebrado la *conventio in manu* la mujer seguía sometida a la *manus* hasta que fuese emancipada por el marido, en definitiva, la *manus* permanecía con todos sus efectos

Gayo nos explica que la forma en que la mujer podía librarse de la *manus* y obtener divorcio es a través del *actus contrarius* de la *difarreatio* si el matrimonio se había realizado por la *confarreatio* y por la *remancipatio* cuando se había celebrado por el ritual de la *coemptio* o por el *usus*.³²

- Desde Augusto hasta Constantino

Repoblar el imperio y promover el matrimonio entre sus ciudadanos fueron dos de los principales objetivos que el emperador Augusto se marcó al comienzo de la denominada reforma del derecho de familia.

³¹ Eduardo Ruiz Fernández "El divorcio en Roma" ...,cita pp.39

³² Eduardo Ruiz Fernández "El divorcio en Roma" ...,cita, pp.52

Podemos distinguir entre divorcio de la liberta (la liberta que había contraído matrimonio con su patrono no podía divorciarse de su marido), el divorcio de la *filiafamilias*, a partir de agosto si un padre negligente retrasaba el matrimonio de su hija, esta podía acudir al magistrado para que le obligase a prestar el consentimiento.

En cuanto a la voluntad de disolver el matrimonio podría hacerse por escrito o bien oralmente. Era frecuente que se remitiese un *libellus*, compuesto por hojas de pergamino o papiro, donde aparecía un cuerpo escrito. Debemos de saber que el divorcio no se lleva a efecto sin la voluntad directa de disolver el vínculo matrimonial, voluntad verdadera y real, firme y definitiva donde se exigían una serie de requisitos o condiciones.

Debemos de citar que uno de los principales efectos que producía el divorcio en esta determinada época era que la mujer seguía conservando los títulos del marido mientras no contraía nuevo matrimonio.

- Desde Constantino hasta Justiniano

Época especialmente influenciada por el cristianismo y su reacción en favor del dogma de la indosubilidad de matrimonio.

Con las *leyes augusteas* se inició la sanción indirecta de los divorcios unilaterales, que incurrían en falta de la forma prescrita³³. Una de las características principales que quiero destacar era la capacidad que tenía la mujer para pedir divorcio cuando el esposo había cometido homicidio, si era responsable del homicidio la ley permitía que la mujer pudiera pedir divorcio. Sin embargo el marido podía divorciarse de la mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adulterio o de envenenamiento.

Debemos hablar de dos tipos de divorcio en este periodo de tiempo, en primer lugar, el divorcio *iustum* y en segundo lugar el divorcio *iniustum*. Respecto al primero el marido no venía obligado a contraer nupcias en un determinado plazo de tiempo, sin embargo

³³ Eduardo Ruiz Fernández "El divorcio en Roma"...citas, pp.127-128

en cuanto al segundo, se considera *inuistum* el divorcio realizado sin ningún motivo reconocido por las leyes.

Hasta la reforma de la disciplina matrimonial llevada a cabo en 1981, y con un paréntesis de 1932 a 1938, prácticamente la única causa de disolución del matrimonio era la muerte de uno de los cónyuges, sin embargo centrándonos en la actualidad debemos puntualizar que en el artículo ochenta y cinco del Código Civil se establece que el matrimonio disuelve sea cual sea fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Por tanto, si tenemos que definir divorcio en la actualidad podemos definirlo como una de las formas mediante las que puede disolverse el vínculo matrimonial; se da por roto el vínculo que unía a los cónyuges de un matrimonio válidamente celebrado. El Código Civil recoge en su artículo ciento siete que la ley aplicable al divorcio se regirá por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.

Respecto a quien puede solicitar esta forma de disolución de matrimonio debemos de decir que en primer lugar ambos cónyuges, o uno de ellos con el consentimiento del otro. Junto a la demanda de separación habrá de presentarse una propuesta de convenio regulador. En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto de divorcio de mutuo acuerdo.

Centrándonos en los efectos principales del divorcio debemos de explicar que la principal consecuencia del divorcio es la disolución del matrimonio. El matrimonio ha existido desde su celebración hasta que la sentencia de divorcio es firme, momento en el que el vínculo entre los cónyuges desaparece y, en consecuencia, queda modificado el estado civil de los antiguos cónyuges, que pasan a ser personas divorciadas y que, por tanto, podrán volver a contraer matrimonio libremente.

La ley siete de julio de 1981, reintrodujo en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio vincular dejando bien claro que sus efectos se extendían a todo matrimonio cualquiera que fuese la forma de celebración, tanto civil como religiosa y el tiempo en que esta tuvo lugar. Solución que mantiene la ley de reforma ocho de julio de 2005 al no variar

esta ultima el contenido del artículo ochenta y cinco del Código Civil. Por tanto podemos decir que el divorcio se presenta como una opción encaminada a resolver, junto con la separación, las vicisitudes de su vida en común³⁴.

La sentencia del divorcio sólo afectará a terceros de buena fe (que han podido o pueden contratar con los cónyuges), a partir de la fecha de la inscripción del divorcio en el Registro Civil, puesto que a partir de ese momento puede ser conocida por cualquiera. Sin embargo, el efecto para los cónyuges es inmediato desde que se dicte la sentencia.

Para finalizar este apartado del divorcio me gustaría explicar concisamente su extinción.

En primer lugar debemos de nombrar el artículo ochenta y ocho apartado primero del Código Civil donde cita que la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. Aunque debemos de decir que si la muerte de uno de los esposo es el modo natural de disolución del matrimonio, una vez acaecida ya no queda espacio al modo legal de disolución.

En cuanto a la reconciliación, debemos de citar que se configura propiamente como renuncia a la acción.

La reconciliación extintiva puede ser expresa o tácita y revidada de los hechos concluyentes que resultan de la reanudación de la convivencia.

Por ultimo debemos de citar el artículo 88.1 *in fine* exige para la reconciliación que tenga lugar una vez solicitado el divorcio, el que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda

³⁴ José Luis La Cruz Berdejo “elementos de derecho civil familia”, Editorial Dykinson , 2010

ÁPENDICE

FAMILIA ROMANA

La familia fundamentalmente en la antigua roma, constituye un fuerte consorcio, una fuerte corporación, resultante del juego de fuerzas de naturaleza jurídica y extrajurídica. La familia romana, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. Ulpiano, hace una diferencia entre familia propio iure referente al sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad de un jefe denominado *paterfamilias*, señor o soberano de la familia y no padre de familia. La familia propio iure dicta Ulpiano “por derecho propio llamamos familia al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho están bajo una misma potestad”, respecto al segundo tipo de familia que cita Ulpiano, denominada familia *communi iure dicta*, de la cual dice el propio Ulpiano “que por derecho común llamamos familia a la formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de familia, cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de igual casa o estirpe”.³⁵

La familia romana en el sentido más próximo al del termino español “familia”, estaba constituida por aquellas personas que estaban sometidas a la autoridad del mismo cabeza de familia o *paterfamilias*. Estas personas podían incluir a una multitud: esposa, hijas solteras, hijos, hijos adoptivos, casados o no, con sus esposas, hijos e hijas solteras de éstos e incluso parientes más lejanos, que siempre deberían estar unidos mediante lazos masculinos. El termino familia también se usaba frecuentemente en otro sentido más amplio para englobar también a los esclavos y clientes y todas las propiedades reales y personales que pertenecían al *paterfamilias* o que habían sido obtenidas y usadas por las personas bajo su *potestas*.

En un sentido más amplio se aplicaba a un grupo mayor de personas emparentadas, la *gens*, que consistía en todas las *familiae*, cuya descendencia derivaba por la línea masculina de un antepasado común. Este remoto ante pasado como si su vida pudiera

³⁵ Juan Iglesias Redondo, “Derecho Romano”...citas, pp.349-352

perdurar durante todos los siglos intermedios sería el *paterfamilias* de todas personas incluidas en la *gens* y todos estarían bajo su *potestas*. La *gens* tenía una organización donde sus principales funciones eran; aprobar resoluciones que vinculaban a sus miembros, procuraba tutores para los niños pequeños que habían perdido a sus padres, elegía supervisores para los enfermos mentales y derrochadores, heredaba sus propiedades cuando un miembro moría sin herederos y administraba esas propiedades para el beneficio común de sus miembros.³⁶

Centrándonos en los caracteres principales de la familia romana y de la familia actual debemos de explicar que hoy en día la familia tiene como base el matrimonio o las uniones de carácter estable, sin embargo, en la familia romana se asienta en la idea de unidad, que se refleja en la triple esfera religiosa, económica y política. Respecto al primer concepto, religiosa, que está representada por el culto a los dioses manes y por los dioses del hogar. En segundo lugar, respecto al carácter económico independiente, por el *mancipium*, patrimonio agrario arcaico, integrado por las cosas importantes. En último lugar, referente al fundamento político, basta con recordar que Cicerón cita que la familia que es el origen de la ciudad (*principium urbis*) y la cataloga como germen de la república.

El vínculo que une a los componentes de la familia es, hoy, el parentesco de sangre, el cual se trasmite tanto por el padre como por la madre y no cesa por emancipación. Sin embargo en Roma, el nexo que une a la familia es el parentesco de autoridad y solo se transmite por línea masculina, y se extingue por emancipación.

La emancipación es en la actualidad una medida de favor en interés del hijo y no afecta a sus relaciones de parentesco ni a sus derechos sucesorios. En Roma la emancipación puede catalogarse como una medida de desfavor, el hijo emancipado deja de ser pariente del *paterfamilias* al no estar sujeto a su autoridad.

Si comparamos el concepto de patria potestad en la actualidad y en la antigua Roma, debemos de explicar que en la actualidad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, constituye un deber más que un derecho, además, es limitada, cesa con el cumplimiento de la mayoría de edad. En Roma, es un atributo exclusivo de la figura del *paterfamilias*, que constituye un poder integrado por facultades. No se limita en el

³⁶ Harold W. Johnston, "La vida en la antigua Roma", Alianza Editorial, pp.35-37

tiempo ni se extingue por alcanzar el hijo determinada edad.³⁷ Era la autoridad del paterfamilias sobre sus descendientes, aunque también se conocía como *patria maiestas, patrium ius*.³⁸

MODOS DE ENTRADA EN LA FAMILIA

Existían unas formas o modos de entrada en la familia, en primer lugar por nacimiento, también se podía entrar a formar parte de la familia por acto jurídico y más adelante por adopción y *conventio in manum*. Vamos a desarrollar cada uno de ellos;

NACIMIENTO

Si hablamos de la primera forma de modo de entrada en la familia, el nacimiento, debemos de explicar que es y era el modo normal de entrar en la familia. Se hace miembro familiar al procreado en matrimonio romano por individuo varón de la familia sea *pater o filius*.

Se entiende por *iustus* el hijo nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. Aunque es posible que el marido reconozca como hijo al nacido antes de los 182 días y que no lo haga respecto del nacido después, alegando ausencia, enfermedad u otra causa. En ningún caso se considera *iustus* al nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio.³⁹

El *paterfamilias* tenía poder absoluto sobre sus hijos, podía decidir si criaba o no al recién nacido, también podía castigar lo que consideraba mala conducta con penas tan severas como la expulsión, la esclavitud o la muerte. Sólo él podía poseer y alinear propiedades, todo lo que los que estaban sometidos a él ganaban o adquirirían por

³⁷ Ricardo Panero Gutiérrez, "Derecho Romano...cita pp.254-255

³⁸ Harold W. Johnston, "La vida en la antigua...cita, pp.38

³⁹ Juan Iglesias, "Derecho Romano...cita , pp.352-354

cualquier medio era propiedad del *paterfamilias*, de acuerdo con la letra de la ley, eran poco más que sus bienes.

Todo esto se ve parcialmente modificado con el Rey Rómulo que había ordenado que todos los hijos y las primeras hijas fueran criados y que ningún niño fuera asesinado hasta su tercer año, a menos que presentara graves deformidades físicas⁴⁰. Lo que verdaderamente se pretendía era asegurar la vida para el niño ya que otro dilema era si finalmente formaría parte de la familia o si se convertía en un proscrito, esta decisión la tomaba el *paterfamilias*.

ADOPCIÓN

Otro modo de entrada en la familia romana era la adopción. Si definimos el concepto de adopción en el marco de la antigua roma podemos definirlo como el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia. Según que el adoptado sea un *alieni iuris* o un *sui iuris*, distingue la adopción en dos formas: *adoptio* y *adrogatio*.

La *adoptio* es un acto jurídico creado por vía de interpretación. Apoyándose en un texto de las XII tablas que proclama la libertad del *filius* vendido por tres veces mediante *mancipatio*, la jurisprudencia sienta las bases de un procedimiento de gran complejidad que permite conseguir el oportuno resultado práctico⁴¹. La *adoptio* no está sujeta a otros requisitos que los nacientes de su propia naturaleza, no está permitido la adopción por parte de las mujeres al no poder ejercitar la patria potestad. El adoptado, se desliga de la familia originaria para unirse en nombre, agnación, religión, *gens* etc con la familia que es recibido.

La *adrogatio*, implica la absorción de una familia por otra. El arrogado así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del arrogante, que adquiere también su entero patrimonio.

Ha de cumplirse según unas formas y garantías: el acto se lleva a cabo *populi auctoritate* (ante los *curiados*, presididos por el Pontífice), el Pontífice interroga al

⁴⁰ Harold Johnston, "La vida en la antigua...cita, pp.38-39

⁴¹ Juan Iglesias "Derecho Romano"...cita ,pp.353

arrogante para para que confirme si quiere que el arrogado se haga *filiusfamilias* suyo, y se muestra conforme con todos los efectos.

En la época imperial, la arrogación puede verificarse en las provincias ante el gobernador, sin embargo la arrogación esta sujeta a una serie de requisitos: el arrogante debe restituir el patrimonio al arrogado en el caso de que lo emancipe, el arrogado tiene derecho a la cuarta parte de los bienes del arrogante y el arrogante debe restituir el patrimonio a los herederos que hubiera tenido el arrogado, de haber muerto *siu iuris*. El arrogante debe tener al menos sesenta años y no puede arrogar quien tiene hijos o está en condiciones de poder tenerlos.

Justiniano distingue dos clases de adopción: la *adoptio* plena y la *adoptio minus* plena. La primera es la hecha por un ascendiente del adoptado y produce los mismos efectos que la clásica, de forma que el *filius* se desliga totalmente de su familia originaria, para hacerse miembro de la nueva familia. Referente a la *adoptio minus* plena, deja al adoptado bajo la potestad de su padre natural, y solo se otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. En este caso sí que se permite que las mujeres puedan adoptar.⁴²

En definitiva, la persona adoptada en ocasiones era un *paterfamilias* aunque mayoritariamente se trataba de un *filius familias*.

Cuando era *filius familias* el proceso era denominado *adoptio* procedimiento por el cual el pariente bilógico entregaba a su hijo al adoptante, de manera que transfería a la persona adoptada de una familia a otra.

Sin embargo el proceso de adopción de un *paterfamilias* era un asunto más serio, este proceso se denominaba *adrogatio* y era un asunto de Estado.

En la actualidad podemos definir adopción como la toma legal en condición de hijo al que no lo es biológicamente. Uno de los requisitos fundamentales para el proceso de adopción es que el adoptante sea mayor de veinticinco años (mientras que en la *adoptio* la edad mínima eran sesenta años). Está totalmente prohibida la adopción de un descendiente, o a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

⁴² Juan Iglesias "Derecho Romano" ...cita, pp.353-355

Aunque también existen semejanzas entre la *adoptio* y la regulación de la adopción en la actualidad como por ejemplo, “que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”.⁴³ Así como que la adopción es irrevocable.

CONVENTIO IN MANUM

Termino por el cual nos referimos al acto por el que ingresa la mujer en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria.

La nueva familia la puede situar en el lugar de hija *filiae loco*, si el nuevo paterfamilias es su marido, o de nieta, *neptis loco*, si el propio marido se encuentra bajo la potestad de su padre.⁴⁴

Gayo equipara la *conventio in manum* a la arrogación, en cuanto a la adquisición inter vivos de un patrimonio⁴⁵. La *conventio in manum* puede tener lugar de tres modos: farreo, *coemptio* y *usu*.

La *confarreatio* es una ceremonia religiosa que primeramente se hacía ante los dioses domésticos del marido y más tarde ante Júpiter, estando presente el *flamen dialis*, el gran pontífice y diez testigos.

La *coemptio* consiste en una compra fingida de la mujer en la forma de la *mancipatio*.

A falta de *confarreatio* o *coemptio* puede adquirirse la *manus* sobre la mujer mediante el *usus*, que es la usucapión o adquisición por la posesión aplicada a este caso. El marido adquiere la *manus* sobre la mujer cuando ejerce de hecho esta potestad a lo largo de un año. La mujer puede evitar tal consecuencia, permaneciendo alejada de la casa del marido durante tres noches consecutivas y con ánimo de interrumpir el *usus*. Por tanto podemos definir la *usus* como una especie de concubinato donde la mujer se iba a vivir

⁴³ Código Civil, Civitas, Editorial Thomson Reuters , Artículo 178.1, 180.1

⁴⁴ Juan Iglesias “Derecho Romano”...citas, pp 355

⁴⁵ Francisco Hernández Tejero “Lecciones de derecho...citas, pp.298

a la casa de su futuro marido , ese periodo era de un año, pasado ese año , si el paterfamilias principalmente estaba de acuerdo en contraer matrimonio con la mujer se formalizaba el matrimonio.

En la época de Cicerón tenía escaso empleo la *confarreatio*, en los tiempos de Tiberio era raro encontrar nacidos de matrimonio acompañado de *confarreatio*. Este mismo emperador abolió sus efectos civiles.⁴⁶ Incluso en esta época (la de Cicerón) tenía escaso empleo la *coemptio*, ya que solo se utilizaba para fines distintos del único tema en su origen.

PATER FAMILIAS

Es un término utilizado en la Antigua Roma, significa “padre de familia” y podemos definirlo como el ciudadano independiente, que bajo su control estaban todos los bienes y personas que pertenecían a la casa, con capacidad para ejercer la *patria potestas*, la *manus*, *dominica potestas* y el *mancipium* sobre los hijos y restos de personas *alieni iuris*.

El *pater familias* tenía una serie de poderes o capacidades que a continuación vamos a enumerar:

- En primer lugar *Ius Vitae Necisque* “derecho de vida y muerte”, su origen procede de las XII Tablas y tiene un uso excepcional⁴⁷. Es decir, se trata de un derecho a ordenar la muerte de cualquiera de los hijos. Era una medida extrema que generalmente aplicaba después de un debate familiar y principalmente como castigo.
- En segundo lugar un poder sobre la mujer, el poder del paterfamilias sobre las personas libres y no libres de la casa era absoluto. Incluso la vida de la familia es

⁴⁶ Juan Iglesias “Derecho Romano”...citas, pp 355

⁴⁷ Ricardo Panero Gutiérrez, “Derecho Romano”...citas, pp.261

regulada por el *pater*. Podría llegar a vender a los hijos tanto en Roma como fuera de ella, si los vendía fuera de Roma se convertía en esclavo si lo hacía dentro de Roma se denominaba semi-esclavo.⁴⁸También tenía poder sobre los hijos, pudiendo abandonarlos, aunque fue condenado por emperadores y Justiniano lo declara causa de pérdida de patria potestad.

- En tercer lugar sobre los esclavos. Existía un poder especial sobre los esclavos incluso podría castigar con la muerte la torpeza de un esclavo, aunque era una medida poco practicada ya que suponía una pérdida económica.

En definitiva, podemos resumir los poderes del *pater familias* en los siguientes bloques; el primer poder denominado *ius vitae necisue* (derecho de vida y muerte). El segundo de los poderes lo citamos como *ius vendendi* (capacidad del padre para vender a hijos). En tercer lugar *ius exponendi* (exponer o abandonar a los hijos recién nacidos) y por último, *ius noxae dandi* (derecho a dar el cuerpo del *filius* al perjudicado en reparación de un delito cometido por éste).

MUJER

Roma a lo largo de su Historia ha mantenido a la figura de la mujer, socialmente, en un lugar totalmente superior al de las restantes sociedades mediterráneas. La mujer era un núcleo del cual pertenecían muchas personas, actividades etc., por ejemplo la educación de los hijos en casa era ejercida mayoritariamente por la mujer, incluso es responsable hasta que sus hijos cumplan mayoría de edad o hasta que vestían la toga *praetexta*, es decir, en su propia casa la matrona romana era la dueña absoluta. Las hijas quedaban especialmente bajo su tutela para convertirse en el futuro en dueñas de casas similares y quizás eran sus compañeras más cercanas.

⁴⁸ Ricardo Panero Gutiérrez, "Derecho Romano"...citas, pp. 262

Dirigía su economía y podía supervisar las tareas de sus esclavos domésticos pero ella misma no realizaba ningún trabajo doméstico.⁴⁹

No centraremos principalmente en dos posiciones jurídicas de la mujer en Roma, la primera “la mujer casada cum manu”, es un espacio de tiempo donde mujer y varón han llegado a una época de pubertad y están en posición de contraer matrimonio. Podemos hablar de una segunda posición jurídica “la mujer casada sine manu” donde la mujer conservaba su status anterior al contraer matrimonio. En el apartado referente al matrimonio desarrollaré ampliamente todos estos aspectos ligados al matrimonio en Roma.

Quiero citar la figura del marido-tutor, muy discutida a lo largo de la historia. En principio parecía claro que el marido no podría ser tutor legítimo, esta tutela, la legítima, estaba reservada a los parientes agnados de la mujer, que no podían contraer matrimonio legítimo con ella.⁵⁰ Aunque era la ayudante de su marido en los negocios, así como en cuestiones domésticas y a menudo se le consultaba en asuntos de Estado.

Fuera del hogar familiar también eran respetadas, los hombres tenían la obligación de ceder el paso en la calle, tenían un lugar privilegiado en los juegos públicos, teatros y en grandes ceremonias religiosas del Estado.

Podía prestar testimonio en tribunales y hasta finales de la República podía incluso ejercer como abogado⁵¹.

Todo lo visto anteriormente ha creado una gran influencia en la actualidad, hasta el punto que en Roma empezó a celebrarse el día de la madre, era un día de fiesta donde las madres y esposas recibían grandes regalos, este día era conocido como *matronalia*.

⁴⁹ Harold W. Johnston, “La vida en la antigua...citas, pp.87

⁵⁰ Gabriel Buigues Oliver, “La posición jurídica de la mujer en Roma”, Editorial Dykinson S.L, pp.137-139

⁵¹ Harold W. Johnstom, “La vida en la antigua..., pp.88-89

IV. CONCLUSIÓN

Este trabajo fin de máster tiene como principal finalidad conocer profundamente el concepto de matrimonio en la antigua roma, pudiendo observar claramente las diferencias y similitudes con el matrimonio del siglo XXI.

Si dividimos el trabajo en dos principales bloques; matrimonio y familia, podremos hacer una conclusión más clara de la visión de este trabajo.

Referente al primer y principal bloque, el matrimonio, podemos observar como el matrimonio hoy en día tiene un gran vínculo tanto con el derecho como con la religión. En roma no existía este vínculo con el derecho. Hemos podido diferenciar los dos principales tipos de matrimonio romano, *cum manu* y *sine manu*, donde en el primero de ellos hemos podido conocer que la *manus* acompañaba casi siempre al matrimonio para que la mujer pudiera entrar en la familia del marido y “caer” bajo su potestad. Referente al segundo hemos podido conocer que la mujer no salía de su familia natural, no haciéndose agnada de la familia de su marido, es decir, no adquiría ninguna potestad sobre ella. Por tanto podemos sacar la conclusión que si tenemos en cuenta el matrimonio romano y el matrimonio actual podemos observar como la relación matrimonial se considera simétrica para las dos partes, es decir, tanto para marido como para mujer, esto hace que produzca iguales efectos para uno y para otro, en cambio en Roma no era así.

Pero no todo son diferencias, si no que hemos podido ver la cantidad de semejanzas que existen en este precepto, hemos podido conocer que existían unos requisitos, unos impedimentos y unas formas de disolución donde si observamos el derecho civil vigente podemos observar que se establecen una serie de causas de disolución, algunas comúnmente con la antigua roma; como son la muerte y declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o el divorcio, donde hemos podido observar la evolución histórica que tuvo en roma, llegando a predominar el consentimiento por ambas partes como en la actualidad.

Quiero destacar la figura de los hijos, especialmente los menores en los matrimonios y en el proceso de divorcio. Según el artículo treinta y nueve, apartado tercero, de la

constitución española, establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habido dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Podemos observar la función que tiene la paternidad y maternidad, en las cuales la asistencia de todo orden supone la imposición de una rigurosa responsabilidad a los padres por el hecho cierto de la procreación. Con esto podemos observar que la constitución tiene como finalidad proteger al menor ya sea un hijo del propio matrimonio o no. Es decir, busca la autonomía familiar y limita a los eventos más urgentes la intervención estatal en las relaciones *paterna filial* y en el ejercicio de las funciones parentales.

Además hemos podido obtener una visión amplia del matrimonio actual, conociendo su regulación y sus principales características, con ello hemos podido sacar ideas muy claras que hemos podido comparar continuamente con el matrimonio en la antigua Roma.

Referente a la familia, podemos observar a lo largo del trabajo las diferentes características y componentes internos que tiene, a lo largo del trabajo hemos podido responder a diversas preguntas que nos planteábamos en el inicio de este trabajo; ¿era la mujer una figura verdaderamente respetada?, ¿qué poderes tenía verdaderamente el *pater familias*? En primer lugar hemos podido observar por quien estaba formada la familia romana; *pater familias* una especie de juez en el ámbito familiar, la mujer, los hijos e incluso los esclavos, pudiendo observar que no solo existía un vínculo sanguíneo si no que todos los que dependían del *pater familias*, como eran en este caso los esclavos o libertos.

Por tanto una de las principales conclusiones que podemos adquirir al finalizar este trabajo es que la familia romana era mucho más amplia que lo que conocemos hoy en día por familia. Hemos podido conocer cuáles eran los verdaderos poderes del *pater familias*, con una capacidad absoluta sobre los demás miembros, incluso sobre el poder decidir la vida de sus hijos. Uno de los aspectos que quiero destacar por ser un aspecto positivo es la posición de la mujer, tanto en un ámbito interno familiar como en el ámbito público, es verdad que el *pater familias* era una especie de juez , pero la mujer era una figura muy respetada y valorada, incluso por desgracia más que en la actualidad.

Aun así el poder del paterfamilias regia sobre la mujer, la cual estaba sometida a las “ordenes” dándole el paterfamilias permiso para diversos aspectos. Es verdad que no existía ningún tipo de maltrato hacia ella y era especialmente reconocida por sus labores en el ámbito familiar (como la educación y formación de sus hijos) como a la hora de ayudar en diversas tareas al *pater familias*. Podíamos definir a la mujer romana como un núcleo familiar. Pero no solo era respetada en el ámbito interno familiar si no que en el ámbito externo también, como hemos podido conocer a través de este trabajo, tenía sitios privilegiados en los diversos espectáculos y era especialmente respetada e incluso han influenciado en la actualidad, como hemos podido ver en el trabajo, el día de la madre ya se celebraba en la antigua roma, ofreciéndoles a las madres y esposas gran cantidad de regalos.

En definitiva, este trabajo de fin de máster me ha permitido disfrutar y conocer de la vida romana. El régimen matrimonial pudiendo conocer a la perfección las principales diferencias y semejanzas con la actualidad en estos dos ámbitos y ver la evolución progresiva que ha existido, especialmente referente al divorcio. Además de todo ello, he podido tener una visión más amplia y completa de todo lo que engloba al matrimonio a día de hoy, su regulación, su disolución etc.

La constitución de la familia en Roma, el poder que poseía el paterfamilias en el ámbito familiar incluso sobre la mujer, que aunque era una figura respetada también estaba sometida al poder del paterfamilias.

BIBLIOGRAFÍA

- Juan Iglesias Redondo, “Derecho Romano”, Editorial Sello 18ª edición
- Eduardo Ruiz Fernández, “El divorcio en Roma”, servicio publicaciones Ucm
- Olís Robleda S.J. “El matrimonio en Derecho romano, esencia, requisitos de validez, efectos y disolubilidad.
- Francisco Hernández Tjero Jorge, “Lecciones Derecho romano”, servicio de publicaciones facultad de derecho
- Ricardo Panero Gutiérrez “Derecho Romano”, Tirant lo Blanch 4ª edición.
- Código civil, civitas, editorial Thomson Reuters
- Diario oficial boletín oficial del estado
- Harold W.Tohnston, editorial Alianza
- Gabriel Buigues Oliver, “La posición jurídica de la mujer en Roma”
- José María Ribas Alba, Martiín Serrano-Vicente, “El derecho en Roma”, editorial Comares historia 2ª edición
- Antonio Fernández de Buján, “Derecho Público Romano”, Civitas, Thomson Reuters, 17ª edición
- Constitución Española
- Juan Antonio Bueno Delgado, “La Legislación Religiosa En La Compilación Justiniana”, Dykinson S.L

- Carlos Lasarte, “Derecho de Familia Principios de Derecho Civil VI”, Marcial Pons, 17ª Edición